



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
ESCUELA JUDICIAL

Los derechos fundamentales en la educación

XI - 2007

Separata

Cuadernos de Derecho Judicial

**DEBERES DE LOS PODERES PÚBLICOS
PARA GARANTIZAR EL RESPETO AL PLURALISMO
CULTURAL, IDEOLÓGICO Y RELIGIOSO
EN EL ÁMBITO ESCOLAR**

María J. Roca

Catedrática en excedencia

Titular de Derecho eclesiástico

Universidad Complutense de Madrid

DEBERES DE LOS PODERES PÚBLICOS PARA GARANTIZAR EL RESPETO AL PLURALISMO CULTURAL, IDEOLÓGICO Y RELIGIOSO EN EL ÁMBITO ESCOLAR (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NEUTRALIDAD IDEOLÓGICA Y RELIGIOSA DEL ESTADO Y PLURALISMO SOCIAL EN MATERIA CULTURAL, IDEOLÓGICA Y RELIGIOSA. 1. La necesidad del pluralismo escolar. 2. Interpretación de las normas sobre admisión del alumnado. III. FUNCIÓN DEL PROFESORADO Y RESPETO A LAS CONVICCIONES DE LOS PADRES Y LOS ALUMNOS. IV. COMPETENCIAS DE LAS ADMINISTRACIONES EDUCATIVAS, ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LOS CENTROS ESCOLARES EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS POR MOTIVOS IDEOLÓGICOS O RELIGIOSOS. 1. Flexibilidad del sistema educativo y atención a la diversidad del alumnado en las enseñanzas regladas comunes y pluralismo cultural, ideológico y religioso. A) Las clases de educación sexual. a) Jurisprudencia constitucional alemana. b) Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. c) Jurisprudencia española. d) Propuestas

(*) El presente trabajo se ha realizado dentro del Programa de Actividades de I+D entre grupos de investigación de la Comunidad de Madrid. Referencia: S2007/HUM-0403 LIB RELIGIOSA-CM, titulado, *La libertad religiosa en España y Derecho comparado y su incidencia en la Comunidad de Madrid*.

y consideraciones conclusivas. B) La asignatura de Ética u otra de similar contenido axiológico. a) Jurisprudencia constitucional alemana. b) Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. c) La Educación para la Ciudadanía en España. d) Propuestas y consideraciones conclusivas. C) La clase de Gimnasia. a) Jurisprudencia alemana. b) Supuestos planteados en España. c) Propuestas y consideraciones conclusivas. 2. Participación de los miembros de la comunidad escolar en actividades no regladas. A) Jurisprudencia constitucional alemana. B) Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. C) Propuestas y consideraciones conclusivas. V. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL RESPETO AL PLURALISMO. VI. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se han venido produciendo en España diversas manifestaciones del pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar, que pueden agruparse en dos fenómenos. Por una parte están las que, simplificando mucho, constituyen expresiones del fenómeno individual de ese pluralismo. Entre ellas cabe citar el velo islámico, la educación sexual, los crucifijos en las aulas, la exposición de belenes en los recintos escolares, la exigencia por parte de un padre de un niño escolarizado en Cataluña de que reciba la enseñanza en castellano, e incluso la escolarización en casa –*homeschooling*– (1) pretendida por algunos pa-

(1) STC 260/1994, de 3 de octubre. Un comentario a esta sentencia, puede verse en G. MORENO BOTELLA, "Libertad religiosa y derecho a la educación. En torno a la STC 260/1994, de 3 de octubre", en J. Martínez Torrón (ed.), *La Libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII*

dres, por citar algunos ejemplos. Con la expresión fenómeno individual, obviamente, no estamos haciendo referencia a que el Cristianismo, el Islam o el laicismo, sean fenómenos individuales y aislados. Se alude, en cambio, a que la manifestación de pluralismo tiene una expresión puntual. Hay muchas alumnas islámicas que no llevan *chador*, hay muchos no cristianos a quienes no molesta la exposición de un crucifijo o de un belén navideño, y hay cristianos a quienes tampoco parece inquietar la ausencia o retirada de sus símbolos religiosos en los recintos escolares.

Por otra parte, se presentan también otros conflictos jurídicos que son expresión del pluralismo ideológico y religioso en el ámbito escolar, pero que no son ya un caso más o menos aislado sino que se trata de una expresión del pluralismo que, digámoslo así, no se conforma con unas "migajas", sino que pide ser un invitado más a la mesa y ser servido en posición de igualdad con los demás comensales. Tal es el caso de los movimientos sociales que se han opuesto a la Ley Orgánica de Educación (2) (en adelante LOE) por entender que entraña una concepción antropológica que no sólo no comparten, sino que estiman contraria a sus convicciones, y de aquellos otros que fomentan la objeción de conciencia a la asignatura Educación para la Ciudadanía. En ninguno de ambos casos, puede hablarse de fenómenos aislados.

Congreso Internacional de Derecho eclesiástico del Estado (Granada, 13-16 de mayo de 1997), Granada, 1998, págs. 687-691. A. VEGA GUTIÉRREZ, "Objeciones de conciencia y libertades educativas: los conflictos de conciencia ocasionados por determinados contenidos curriculares", en M. J. ROCA (coord.), *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*, Valencia, 2008, págs. 350 y ss., hace una valoración de las distintas opiniones doctrinales sobre los argumentos a favor y en contra de la escolarización en casa. La jurisprudencia constitucional alemana no admite tampoco que la escolarización en casa por motivos de conciencia pueda eximir a los padres del deber de escolarizar a sus hijos. En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional Federal en el auto de 31 de mayo de 2006, puede verse en *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, 52, 2007, págs. 100-110.

(2) Ley Orgánica del Derecho a la Educación, 2/2006, de 3 de mayo, BOE n.º 106, de 4 de mayo de 2006.

El título de la ponencia que se me ha asignado incluye la expresión "deberes de los poderes públicos", y ciertamente éste es, a mi juicio, el punto de partida. Aun cuando los derechos fundamentales tengan un efecto hacia terceros u horizontal (la llamada *Drittwirkung* en la dogmática alemana de los derechos fundamentales desarrollada por el Tribunal constitucional federal) (3), también designado como eficacia entre los particulares, son primaria y principalmente derechos frente al poder público (4). Por tanto, el derecho a la educación es sobre todo un derecho de los educandos (5), o de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad mientras son menores no emancipados. Lo cual hace que sus derechos se conviertan en correlativos deberes de los poderes públicos. Si no el primer deber ya que también está sujeto a otros (p. ej., la igualdad), desde luego sí un deber específico al que está sometido el poder público en materia cultural, ideológica y

(3) J. BILBAO UBILLOS, *La defensa de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1997. A. EMBID IRUJO, "El Tribunal Constitucional y la defensa de las libertades públicas en el ámbito privado", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 25, 1980, págs. 191 y ss. P. DE VEGA GARCÍA, "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad. (El caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)", *Anuario de Derecho Parlamentario y Constitucional*, 6, 1994, págs. 41 y ss. J. GARCÍA TORRES /A. JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1996. C. STARCK, "Derechos fundamentales y Derecho privado", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 2002, págs. 65 y ss. M. J. ROCA, *Derechos fundamentales y autonomía de las Iglesias*, Madrid, 2005, págs. 19-35.

(4) A. EMBID IRUJO, "Minorías sociales y derecho a la educación. (Consideración especial de los extranjeros y su acceso y permanencia en la universidad)", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 123, 2004, pág. 376.

(5) J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "El esclarecimiento de la "Constitución educativa". Un determinante primer paso", en *Persona y Derecho*, 55, 2006, pág. 800, señala que "la libertad de enseñanza implica sobre todo la libertad del educando y de quienes responden por él mientras es menor, en el ejercicio de su derecho a la educación".

religiosa, es la neutralidad (6), que aplicada al ámbito escolar supone la prohibición de que la enseñanza sea impartida como un adoctrinamiento cultural, ideológico o religioso. Este primer deber de los poderes públicos será tratado en el apartado II. A las implicaciones que tiene el deber de neutralidad en los docentes se dedica el apartado III.

Partiendo de los deberes genéricos de garantía de los derechos fundamentales, que tienen todos los poderes públicos, se analizarán en esta exposición los posibles modos de resolución de conflictos que se han presentado o pueden presentarse en el marco normativo de la LOE, en un contexto de pluralismo cultural y pluralismo escolar, atendiendo a los que puedan derivarse de la participación de los educandos en disciplinas regladas que forman parte del currículo escolar (apartado IV.1.). La participación de los escolares en actividades no regladas presenta algunos matices propios respecto de las actividades regladas, y son tratadas en el apartado IV.2. Puesto que la igualdad forma parte del contenido esencial de todos los derechos fundamentales, en el apartado V, se aborda en qué medida la garantía de la igualdad constituye un límite del respeto al pluralismo en el ámbito escolar. A lo largo del trabajo se ha tenido en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las distintas cuestiones estudiadas. Con estas referencias no se ha pretendido un estudio exhaustivo de las decisiones de estos tribunales, que excedería los límites de un trabajo de estas características, hemos procurado

(6) G. MORENO BOTELLA, "Libertad religiosa y neutralidad escolar. A propósito del crucifijo y de otros símbolos de carácter confesional", en *Revista española de Derecho Canónico*, 58, 2001, págs. 173 y ss. M. SALGUERO, "Formas de pluralismo y signo de identidad de los centros docentes de enseñanza no universitaria", en *Revista Vasca de Administración Pública*, 61, 2001, págs. 143 y ss. J. M. MARTÍ SÁNCHEZ, "El lugar de lo religioso en Europa. Especial atención a la escuela pública", en *iustel.com Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 6, 2004, págs. 5-12.

recordar los argumentos que pueden resultar útiles en la eventual solución de los problemas que hoy se plantean en el ámbito escolar debido al pluralismo cultural, religioso e ideológico.

II. NEUTRALIDAD IDEOLÓGICA Y RELIGIOSA DEL ESTADO Y PLURALISMO SOCIAL EN MATERIA CULTURAL, IDEOLÓGICA Y RELIGIOSA

Como es sabido, los poderes públicos tanto a nivel estatal como autonómico o local están sometidos al deber de neutralidad en materia ideológica y religiosa (7). Así se reconoce en nuestra Constitución (art. 16.3), y así se ha concretado por la jurisprudencia constitucional en el ámbito educativo; deber de neutralidad que se extiende al profesorado de las escuelas. Pues bien, si la escuela pública y su profesorado han de ser neutrales, la sociedad no tiene por qué serlo, y de hecho, no lo es. Cada persona tiene derecho a la libertad ideológica, no tiene obligación de ser neutral (8). Los padres, y los alumnos en la medida en que son menores maduros (9), tienen sus propias convicciones culturales, ideológicas, y religiosas o no. De ahí que resulte

(7) M. J. ROCA, "La neutralidad del Estado. Orígenes doctrinales y situación actual en la jurisprudencia", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, 1996, 251-272. IDEM, "“Teoría” y “práctica” de la laicidad. Acerca de su contenido y su función jurídica", en *Persona y Derecho*, 53, 2005, págs. 223-257. I. SÁNCHEZ CÁMARA, "Pluralismo, relativismo y laicidad en la educación", en VV.AA., *Libertad, igualdad y pluralismo en educación*, Madrid, 2004. C. GARCIMARTÍN MONTERO, "Neutralidad y escuela pública: a propósito de la Educación para la ciudadanía", en *iustel.com Revista General de Derecho Económico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 14, 2007.

(8) J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho eclesiástico español*, Madrid 2002, 5.^a ed., pág. 285, viene a decir que la neutralidad es el sustitutivo menos malo de la falta de libertad.

(9) M. MORENO ANTÓN, *Multiculturalidad y libertad religiosa del menor de edad*, Madrid, 2007. V. PUENTE ALCUBILLA, *Minoría de edad, Religión y Derecho*, Madrid, 2001. B. RODRIGO LARA, "La libertad religiosa y

necesario, por una parte, el pluralismo escolar, y por otra parte, una interpretación flexible de las normas educativas que permita la atención a la diversidad del alumnado (10).

Como se ha recogido en la Declaración de la UNESCO sobre Diversidad cultural (11), "el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural" (art. 2). Aunque, nadie pueda invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el Derecho internacional, ni para limitar su alcance, ciertamente "la defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana" (12). Así pues, en la primera década del s. XXI, deberían sonar muy lejanas las afirmaciones de HELLER, para quien "un poder político es tanto más firme cuanto más consiga hacer que sea reconocida la pretensión de obligatoriedad para sus propias ideas y ordenaciones normativas y para las reglas de la costumbre, moral y derecho por él aceptadas y que son, al mismo tiempo, su fundamento. Su prestigio político crece si se logra que el tipo de cultura representado políticamente por él sea adoptado como modelo para la formación de la vida. (...) Por eso concede tanta importancia el Estado moderno a la política cultural en el interior y a la propaganda cultural en el exterior, ningún Estado puede renunciar a la utilización de los poderes espirituales para sus fines" (13). Sin embargo, la práctica diaria de la conflictividad en los centros

el interés del menor", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 17, 2001, págs. 409 y ss.

(10) Sobre el tema, puede verse, M. J. ROCA, "Diversidad cultural y universalidad de los derechos: Retos para la fundamentación del Derecho", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 9, 2005, págs. 352-377.

(11) De 2 de noviembre de 2001.

(12) Parafraseamos el art. 4 de la misma Declaración.

(13) H. HELLER, *Teoría del Estado*, México, 1987, pág. 225, traduc. del original alemán *Staatslehre*, Leiden, 1934, a cargo de L. Tobío. Sobre el tema, B. GONZÁLEZ MORENO, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Madrid, 2003, págs. 61 y ss.

escolares y la dificultad para alcanzar un consenso significativo en el marco parlamentario, demuestran que la pretensión del poder político sigue siendo que "el tipo de cultura representado políticamente por él sea adoptado como modelo para la formación de la vida".

1. La necesidad del pluralismo escolar

La respuesta adecuada por parte de los poderes públicos al pluralismo cultural, ideológico y religioso que se presenta en la sociedad es el pluralismo escolar. No bastaría que haya pluralismo dentro de una única escuela, se necesita la pluralidad de escuelas (14). Así, la vigente LOE prevé en el art. 109 la programación de la red de centros, estableciendo en el párrafo 1.º que "en la programación de la oferta de plazas, las Administraciones educativas armonizarán las exigencias derivadas de la obligación que tienen los poderes públicos de garantizar el derecho de todos a la educación y los derechos individuales de alumnos, padres y tutores".

Del mismo modo, uno de los deberes del poder público, a tenor del art. 8.2 es el de coordinar la oferta educativa. Nos parece que éste es uno de los modos de dar un cauce adecuado al pluralismo cultural, ideológico y religioso existente en la sociedad, no sólo el permitir sino fomentar que haya un verdadero pluralismo escolar. Ciertamente, el art. 6, 2, relativo al currículo obliga a que se asegure una formación común y se garantice la

(14) J. FERRER ORTIZ, "Los derechos educativos de los padres en una sociedad plural", en iustel.com *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 10, 2006, pág. 21, "es preciso advertir que el pluralismo en la escuela y la pluralidad de escuelas no son dos posturas que puedan situarse en el mismo plano dialéctico. La escuela pluralista puede subsumirse sin ningún problema dentro de un sistema de pluralidad de escuelas, como un tipo más; en cambio, la situación inversa no es posible".

validez de los títulos correspondientes. Para ello, "el Gobierno fijará en relación con los objetivos, competencias básicas, contenidos y criterios de evaluación, los aspectos básicos del currículo que constituyen las enseñanzas mínimas". Así, la necesidad de garantizar esa formación común, en orden a la posterior validez de los títulos, es un bien jurídico superior al que deben someterse todos los tipos de escuelas, y al que deben subordinarse la autonomía escolar y el derecho de participación de los miembros de la comunidad escolar (15).

En cambio, "ni la autonomía ni la participación de la comunidad escolar pueden suplantar, en modo alguno, la libertad escolar, ni reducir la trascendencia que tiene la debida garantía y efectividad de esa libertad fundamental de ofertar proyectos educativos específicos y de asegurar su ejecución y mantenimiento, así como la de poder optar por ellos —como receptor de la educación o como implicado en su impartición— en las máximas condiciones posibles de igualdad" (16).

En orden a garantizar el pluralismo escolar, el art. 115 reconoce la posibilidad de que los centros privados se doten de un carácter propio. Este precepto se expresa en los términos siguientes:

1. "Los titulares de los centros privados tendrán derecho a establecer el carácter propio de los mismos que, en todo

(15) La ley concibe la participación como un valor básico para la formación de ciudadanos autónomos, libres, responsables y comprometidos y, por ello, las administraciones educativas garantizarán la participación de la comunidad educativa en la organización, el gobierno, el funcionamiento y la evaluación de los centros educativos, tal como establece el título V. Sobre la participación en el ámbito escolar, puede verse A. LETURIA NAVAROA, *El derecho a la participación educativa*, Bilbao, 2006.

(16) J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "Autonomía de los centros escolares y derecho a la educación en libertad", en *Persona y Derecho*, 50, 2004, pág. 504.

caso, deberá respetar los derechos garantizados a profesores, padres y alumnos en la Constitución y en las leyes.

2. El carácter propio del centro deberá ser puesto en conocimiento por el titular del centro a los distintos sectores de la comunidad educativa, así como a cuantos pudieran estar interesados en acceder al mismo. La matriculación de un alumno supondrá el respeto del carácter propio del centro, que deberá respetar a su vez, los derechos de los alumnos y sus familias reconocidos en la Constitución y en las leyes.

3. Cualquier modificación en el carácter propio de un centro privado, por cambio en la titularidad o por cualquier otra circunstancia, deberá ponerse en conocimiento de la comunidad educativa con antelación suficiente. En cualquier caso, la modificación del carácter propio, una vez iniciado el curso, no podrá surtir efectos antes de finalizado el proceso de admisión y matriculación de los alumnos para el curso siguiente".

En el caso de que los centros privados sean concertados, el art. 116, párrafo 3 regula los aspectos básicos a los que deben someterse los conciertos (17).

(17) Art. 116.3. "Corresponde al Gobierno establecer los aspectos básicos a los que deben someterse los conciertos. Estos aspectos se referirán al cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, del Derecho a la Educación y en las normas que le sean de aplicación de la presente Ley, a la tramitación de la solicitud, la duración máxima del concierto y las causas de extinción, a las obligaciones de la titularidad del centro concertado y de la Administración educativa, al sometimiento del concierto al derecho administrativo, a las singularidades del régimen del profesorado sin relación laboral, a la constitución del Consejo Escolar del centro al que se otorga el concierto y a la designación del director.

4. Corresponde a las Comunidades Autónomas dictar las normas necesarias para el desarrollo del régimen de conciertos educativos, de acuerdo con lo previsto en el presente artículo y en el marco de lo dispuesto en los arts. 108 y 109. El concierto establecerá los derechos y obligaciones recíprocas en cuanto a régimen económico, duración, prórroga y extinción del mismo, número de unidades escolares concertadas y demás condiciones, con sujeción a las disposiciones reguladoras del régimen de conciertos".

2. Interpretación de las normas sobre admisión del alumnado

Por lo que se refiere a las normas de admisión de alumnos, el art. 84.1, obliga a las Administraciones educativas a regular "la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados de tal forma que garantice el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por padres o tutores. En todo caso, se atenderá a una adecuada y equilibrada distribución entre los centros escolares de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo". Y prohíbe que haya "discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Este párrafo 3.º habrá de interpretarse de acuerdo con lo previsto en el párrafo 9.º del mismo artículo: "La matriculación de un alumno en un centro público o privado concertado supondrá respetar su proyecto educativo, sin perjuicio de los derechos reconocidos a los alumnos y a sus familias en las leyes y lo establecido en el apartado 3 de este artículo".

En mi opinión, entre los criterios prioritarios a tener en cuenta en el proceso de admisión del alumnado ha de estar presente la conformidad con el ideario educativo del centro. Sólo en los casos en que se dé esa conformidad, deberán entrar en consideración los criterios de adecuada y equilibrada distribución entre los centros escolares de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo, de proximidad al domicilio o lugar de trabajo, etc. Este debe ser un criterio diferenciador entre centros públi-

Además de la ponencia de I. M. DE LOS MOZOS TOUYA, "Programación y libertad escolar: incidencias en el otorgamiento de conciertos, aumento y reducción de unidades concertadas", que se publica en esta misma obra, sobre los conciertos educativos, sigue siendo de obligada referencia las monografías de J. M. DÍAZ LEMA, *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho nacional, y en el Derecho comparado*, Madrid, 1992 y de I. M. DE LOS MOZOS TOUYA, *Educación en libertad y concierto escolar*, Madrid 1995.

cos, y centros privados, aunque éstos sean sostenidos con fondos públicos, de otro modo el pluralismo escolar se haría de hecho, impracticable.

En apoyo de la interpretación aquí propuesta, cabe mencionar la previsión contenida en el art. 87, 4: "Los centros públicos y privados están obligados a mantener escolarizados a todos sus alumnos, hasta el final de la enseñanza obligatoria, salvo cambio de centro producido por voluntad familiar o por aplicación de alguno de los supuestos previstos en la normativa sobre derechos y deberes de los alumnos". Si un alumno no cumple con su deber de aceptar el ideario, esto puede ser causa de expulsión (18). Con mayor motivo ha de ser tenida en cuenta esta circunstancia para motivar una denegación de admisión al centro. Asimismo, si cualquier modificación del carácter propio de un centro privado no podrá surtir efectos antes de finalizado el proceso de admisión y matriculación para el curso siguiente (art. 115.3 de la LOE), se entiende en consecuencia que la disconformidad o no aceptación del ideario es causa justificada de la no admisión de un alumno en un centro privado concertado (19).

En suma, en caso de conflicto entre los decretos de zonificación (20) y la voluntad de los alumnos o de los padres en su

(18) Con carácter general, sobre el régimen sancionador en el ámbito escolar, puede verse C. AGOUES MEDIZÁBAL, "El régimen disciplinario en los centros docentes de educación no universitaria", en *Revista Vasca de Administración Pública*, 61, 2, 2001, págs. 211 y ss.

(19) Discrepo en este punto de la opinión expuesta por M. CALVO CHARRO, "Régimen de admisión en los centros sostenidos con fondos públicos" (texto manuscrito de la ponencia difundida en el curso *Los Derechos fundamentales en la educación*), pág. 19. A mi juicio el texto de la LOE, de rango jerárquico superior al art. 5 del Real Decreto 2375/1985, de 18 de diciembre, sobre criterios de admisión de alumnos en centros concertados, permite la interpretación que aquí se propone.

(20) En la ponencia publicada en este mismo volumen de M. CALVO CHARRO, "Régimen de admisión en los centros sostenidos con fondos públi-

caso, entiendo que ha de darse preferencia al precepto de la LOE que en el que se prescribe: "El Estado promoverá acciones destinadas a favorecer que todos los alumnos puedan elegir las opciones educativas que deseen con independencia de su lugar de residencia, de acuerdo con los requisitos académicos establecidos en cada caso" (art. 11.1 el párrafo 2 de este artículo es también de interés, pues hace referencia al deber de facilitar la elección a quienes tengan dificultades).

III. FUNCIÓN DEL PROFESORADO Y RESPETO

A LAS CONVICCIONES DE LOS PADRES Y LOS ALUMNOS

El titular del derecho para elegir las convicciones culturales, religiosas e ideológicas que han de comunicarse a los niños son sus padres, no los profesores. Esta libertad se garantiza en la enseñanza pública mediante la neutralidad ideológica y religiosa: la prohibición de adoctrinamiento ideológico o religioso. Así, la neutralidad "es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro, y no el hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos, de profesores de distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas se neutralicen recíprocamente" (21). En la enseñanza privada esa libertad se garantiza mediante la

cos", se pone de manifiesto que el hecho de recibir subvenciones no condiciona los derechos fundamentales del titular del centro, ni de los padres. En este trabajo puede verse un análisis detallado de la normativa autonómica reguladora de la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados.

(21) STC 5/1981, de 23 de febrero, FJ 9. El art. 18, 1 de la LODE, que continúa vigente prescribe que "Todos los centros públicos desarrollarán sus actividades con sujeción a los principios constitucionales, garantía de neutralidad ideológica y respeto de las opciones religiosas y morales a que hace referencia el art. 27.3 de la Constitución". Sobre este tema, cfr.: J. FERRER ORTIZ, "Los derechos educativos de los padres en una sociedad plural...", pág. 14.

posibilidad de elegir centro docente y en el respeto por parte del profesorado del ideario del centro. ¿Cómo se compagina este deber de neutralidad o de respeto del ideario del centro con la libertad de cátedra? La STC 5/1981, de 23 de febrero sostiene que la libertad de cátedra en España se extiende a todos los docentes, sea cual sea el nivel en el que ejerzan la enseñanza (22).

Los profesores en las aulas tienen el deber de respetar los derechos fundamentales de los menores y de sus padres. La libertad de cátedra de los profesores (la llamada libertad pedagógica en Alemania) no puede servir de fundamento para anular los otros derechos, pues ello supondría una dejación de los poderes públicos sobre su deber de inspección escolar. La jurisprudencia constitucional alemana ha señalado que las competencias estatales aparecen como un medio de control de las autoridades educativas, para salvaguardar el interés de los alumnos y sus padres, y velar por la protección de la juventud y la infancia, como bien protegido por la Constitución (23). Las competencias superiores del Estado en materia de enseñanza deben garantizar la tolerancia, proporcionar las fronteras derivadas de los derechos de los padres y los derechos fundamentales de los niños con respecto a la libertad pedagógica de los docentes (24).

El ámbito de libertad de un maestro en las aulas escolares ha sido denominado por la doctrina alemana como "libertad de criterio administrativa" para diferenciarlo de libertad entendida como derecho fundamental constitucionalmente protegido. Se entiende que el profesor es una especie de representante del Estado o de delegado de los padres, y no puede ampararse en el

(22) La Ley Orgánica 8/1985, de 3 julio, reguladora del derecho a la educación, garantiza en su art. 3 la libertad de cátedra en las enseñanzas primaria y secundaria.

(23) C. VIDAL, "Libertad de cátedra y libertad pedagógica en Alemania", en *Persona y Derecho*, n.º 50, 2004, pág. 397.

(24) C. STARCK, "Staatliche Schulhoheit, pädagogische Freiheit und Elternrecht", en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1979, pág. 273.

derecho al libre desarrollo de su personalidad para extralimitarse en sus funciones. Aunque, lógicamente, no pierda sus derechos fundamentales mientras ejerce la función docente, sí los tiene limitados en orden al respeto de los derechos de los alumnos y los padres. Esta concepción de la tarea del profesorado como un servicio a los padres y a los alumnos, aparece reforzada en las escuelas no estatales (25).

En suma, el derecho de los padres a elegir la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones es un límite a la libertad de cátedra de los profesores en las aulas escolares (26). Lo cual no significa que los alumnos puedan discrepar de contenidos de las materias impartidas en las aulas. El pluralismo de los alumnos no supone que tengan libertad académica para discrepar de los contenidos impartidos en clase por los profesores. Esta libertad académica, sí se reconoce a los estudiantes universitarios, pero no a los discentes de los niveles inferiores de enseñanza. De ahí el mayor deber de contención que tienen los profesores de enseñanzas medias. Dicho de otro modo, de ahí su deber de no incurrir en adoctrinamiento. Problemas de este tipo pueden presentarse en la explicación de historia en zonas geográficas de sensibilidad más o menos nacionalista; en la explicación de la historia medieval en clases escolares con abundante presencia islámica; o en el enfoque que se dé en general a la historia contemporánea. En la jurisprudencia alemana existe un cuerpo importante de pronunciamientos del Tribunal administrativo federal al respecto. El *Bundesverfassungsgericht*, hablando sobre la influencia de las opiniones ideológicas o políticas de los profesores, dice que "en las lecciones científicas

(25) C. VIDAL, *Libertad de cátedra y libertad pedagógica en Alemania...*, pág. 408.

(26) Sobre los límites a la libertad de enseñanza del profesor en las aulas escolares italianas, véase, por todos, A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Confessioni religiose, diritto e scuola pubblica in Italia. Insegnamento, culto e simbologia religiosa nelle scuole pubbliche*, Bologna, 2005, págs. 176 y ss.

universitarias el profesor se encuentra ante una audiencia estudiantil adulta y con capacidad crítica, y no tendrá la misma influencia política que si se trata del caso de un profesor que habla a alumnos (de una escuela) cuyo proceso de madurez todavía no está cerrado, de modo que sobre estos últimos la influencia es desigual y más fuerte" (27).

En nuestro Derecho, el Tribunal Constitucional en la STC 5/1981 y la STC 47/1985 sienta acertadamente el criterio de que debe resolverse la cuestión caso por caso a través de la jurisdicción competente. En este ámbito importan mucho las circunstancias de cada caso, más que la tipificación de conductas importa la efectiva incidencia de los profesores en la formación de los alumnos. En este contexto habrá de interpretarse el art. 91 de la LOE, que regula las funciones del profesorado, y que recoge en su párrafo 1.º, entre otras, la siguiente: e) "La atención al desarrollo intelectual, afectivo, psicomotriz, social y moral del alumnado". Esa atención supondrá el deber de informar a los padres del desarrollo del alumno, en ningún caso le otorga facultades en su formación moral, o afectiva contra la voluntad de quienes ejerzan la patria potestad.

IV. COMPETENCIAS DE LAS ADMINISTRACIONES EDUCATIVAS, ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LOS CENTROS ESCOLARES EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS POR MOTIVOS IDEOLÓGICOS O RELIGIOSOS

En la propia exposición de motivos de la LOE se recoge que "la flexibilidad del sistema educativo lleva aparejada necesariamente la concesión de un espacio propio de autonomía a los centros docentes. La exigencia que se le plantea de proporcionar una educación de calidad a todo el alumnado, teniendo al mismo

(27) C. VIDAL, *Libertad de cátedra y libertad pedagógica en Alemania...*, pág. 404.

tiempo en cuenta la diversidad de sus intereses, características y situaciones personales, obliga a reconocerle una capacidad de decisión que afecta tanto a su organización como a su modo de funcionamiento. Aunque las Administraciones deban establecer el marco general en que debe desenvolverse la actividad educativa, los centros deben poseer un margen propio de autonomía que les permita adecuar su actuación a sus circunstancias concretas y a las características de su alumnado, con el objetivo de conseguir el éxito escolar de todos los estudiantes". Este principio se desarrolla después en las normas de organización y funcionamiento de los centros escolares (28), otorgándose a los mismos una autonomía y capacidad de decisión, que se sitúan en la línea de las reformas educativas de otros Estados europeos, como Italia o Alemania, y han sido objeto de discusión también en Francia. Con el reconocimiento de esa autonomía se podrá estar de acuerdo o no, pero reconocida ésta nos parece que no sólo debe aplicarse a las medidas de atención a la diversidad del alumnado, entendida esta diversidad sólo la de aquellos que necesitan apoyo educativo (29). Si la calidad de la educación radi-

(28) Art. 124. *Normas de organización y funcionamiento.*

1. "Los centros docentes elaborarán sus normas de organización y funcionamiento, que deberán incluir las que garanticen el cumplimiento del plan de convivencia.

2. Las Administraciones educativas facilitarán que los centros, en el marco de su autonomía, puedan elaborar sus propias normas de organización y funcionamiento".

(29) En la exposición de motivos de la LOE se recoge: "La adecuada respuesta educativa a todos los alumnos se concibe a partir del principio de inclusión, entendiéndolo que únicamente de ese modo se garantiza el desarrollo de todos, se favorece la equidad y se contribuye a una mayor cohesión social. La atención a la diversidad es una necesidad que abarca a todas las etapas educativas y a todos los alumnos. Es decir, se trata de contemplar la diversidad de las alumnas y alumnos como principio y no como una medida que corresponde a las necesidades de unos pocos". Y en el art. 22.4. "La educación secundaria obligatoria se organizará de acuerdo con los principios de educación común y de atención a la diversidad del alumnado. Corresponde a las Administraciones educativas regular las medidas de

ca en la adecuación a las características y necesidades del alumnado, éstas no se reducen al apoyo educativo de quienes tienen problemas académicos, sino que habrán de tenerse en cuenta también otras características y necesidades, si no se quiere incurrir en discriminación.

Por lo que se refiere al ejercicio de las competencias de los distintos órganos de gobierno con competencia en el ámbito escolar, hemos anotado en el párrafo anterior, la importancia que la LOE atribuye a la autonomía de los centros escolares. Ahora bien, en el ámbito del pluralismo cultural, ideológico y religioso, me parece plenamente aplicable la distinción señalada por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: "los establecimientos de enseñanza privados presentan con respecto a los públicos una diferencia sustantiva de la mayor trascendencia, y es que pueden ser y serán normalmente expresión de proyectos docentes o académicos con un grado de determinación que no será admisible, en principio en los públicos, dado que éstos deben estar necesariamente abiertos al entero pluralismo real de la sociedad, tanto en su profesorado como en su alumnado, sin que los proyectos que esta-

atención a la diversidad, organizativas y curriculares, que permitan a los centros, en el ejercicio de su autonomía, una organización flexible de las enseñanzas.

5. Entre las medidas señaladas en el apartado anterior se contemplarán las adaptaciones del currículo, la integración de materias en ámbitos, los agrupamientos flexibles, los desdoblamientos de grupos, la oferta de materias optativas, programas de refuerzo y programas de tratamiento personalizado para el alumnado con necesidad específica de apoyo educativo.

6. En el marco de lo dispuesto en los apartados 4 y 5, los centros educativos tendrán autonomía para organizar los grupos y las materias de manera flexible y para adoptar las medidas de atención a la diversidad adecuadas a las características de su alumnado.

7. Las medidas de atención a la diversidad que adopten los centros estarán orientadas a la consecución de los objetivos de la educación secundaria obligatoria por parte de todo su alumnado y no podrán, en ningún caso, suponer una discriminación que les impida alcanzar dichos objetivos y la titulación correspondiente".

blezcan y gestionen puedan incluir determinaciones opcionales que pudieran comportar exclusiones. Lo público se debe en igual medida a todos sin posibilidad de distinciones por razón de las preferencias u orientaciones educativas, pedagógicas, filosóficas, religiosas o culturales de unos u otros, dentro de lo exigido también para todos por el común ordenamiento jurídico, aunque, como ya se ha dicho, pueda y deba adaptarse, en lo posible, a lo que resulte ampliamente mayoritario en su alumnado. Lo privado, en tanto fruto de iniciativas libres, acogidas también con libertad, no guarda esa obligada vinculación con el pluralismo de la sociedad de modo que deban necesariamente acogerlo en su interior, sino que, por el contrario, puede legítimamente instrumentar opciones determinadas con relevancia para la actividad docente o académica, siempre que la razón de su especificidad, de su carácter o ideario propio, no se sitúe en aspectos que la harían inadmisibles o discriminatorias, lesivas pues, del principio de igualdad" (30).

1. Flexibilidad del sistema educativo y atención a la diversidad del alumnado en las enseñanzas regladas comunes y pluralismo cultural, ideológico y religioso

Si al tratar de la función del profesorado hemos visto que no cabe el adoctrinamiento por su parte, ni la libertad académica del alumno le permite poner en cuestión los contenidos que imparte, ¿resulta posible la negativa por parte de los padres o de los menores maduros a recibir determinadas asignaturas o parte de ellas cuando están previstas en el currículo? Atendiendo a la jurisprudencia constitucional de otros Estados europeos y a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nos centraremos en algunos de los supuestos más frecuentes de conflicto entre las

(30) J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Autonomía de los centros escolares...*, pág. 496.

convicciones ideológicas o religiosas de los padres y las disciplinas regladas en el sistema educativo son: las clases de educación sexual, la asignatura de Ética, y la clase de gimnasia. La pretensión de exención de escolarización total (educación en casa) o parcial (de alguna asignatura), la trataremos conjuntamente con las asignaturas que ocasionaron esta pretensión por parte de los padres.

A) Las clases de educación sexual

a) Jurisprudencia constitucional alemana

En materia de educación sexual en las escuelas, dos son las decisiones importantes del Alto Tribunal del vecino país alemán: el Auto de 21 de diciembre de 1977 (31), y el Auto e 21 de mayo de 2006 (32).

En la decisión relativa a la admisibilidad de la educación sexual en la escuela, el Tribunal constitucional examinó dos posiciones enfrentadas pero igualmente protegidas por la Ley Fundamental de Bonn. Por una parte, el derecho de los padres a la educación de sus hijos anclado en el art. 6.2 de la Constitución y, por otra, la competencia estatal en materia de educación atribuida a los poderes públicos en el art. 7.1 del mismo texto. El Tribunal resolvió el conflicto, considerando que en los arts. 4.3; y 33.3 de la Ley Fundamental de Bonn se encontraba la base, en virtud de la cual los padres podían exigir a los poderes públicos el ejercicio de la tolerancia (33). Se plantea el Tribunal si, te-

(31) BVerfGE 47, 2, págs. 46 y ss.

(32) Un extracto del Auto puede verse en *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, 52, 2007, págs. 100-106.

(33) Para un comentario de esta sentencia en relación con el principio de tolerancia, cfr.: A. DEBUS, *Das Verfassungsprinzip der Toleranz unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes*,

niendo en cuenta la primacía del derecho de los padres a la educación, no sería necesario completar la educación sexual en la escuela con la posibilidad de obtener una exención de esa asignatura (34). Puesto que las cuestiones sobre educación sexual deben ser impartidas por el Estado con el debido respeto y tolerancia, no puede exigirse a los padres ni a los escolares mayores su consentimiento (35). Sin embargo en los supuestos planteados, no era posible, pues la educación sexual se transmitía de modo transversal en diversas asignaturas: Biología, Historia, Arte, etc. El Tribunal dejó la cuestión abierta, para el supuesto de que se tratara de una sola materia la que transmitiera esos conocimientos. Y añadió que es una tarea del legislador adoptar una decisión que sea justa para resolver el eventual conflicto de conciencia que pueda suscitarse en ejercicio del derecho a educar a sus hijos en esta materia (36).

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en el Auto de 31 de mayo de 2006 (37) resolvió la demanda interpuesta por unos padres que habían sido condenados por incumplimiento del deber de escolarizar a sus hijos por razones de conciencia. Se trataba de unos padres que habían dejado de llevar a la escuela a sus tres hijas en edad escolar, argumentando que las clases que recibían eran incompatibles con sus creencias.

El Tribunal expone en su argumentación que el Estado puede perseguir fines educativos propios con independencia de los pa-

Frankfurt am Main, 1998, pág. 161 y I. PERNICE, *Billigkeit und Härteklauseln im öffentlichen Recht. Grundlagen und Konturen einer Billigkeitskompetenz der Verwaltung*, Baden-Baden, 1991, págs. 499 y 500.

(34) BVerfGE 47, 2, pág. 77.

(35) BVerfGE 47, 2, pág. 77, "da der Unterricht über sexuelle Fragen mit der oben beschriebenen, von Verfassungs wegen gebotenen Zurückhaltung und Toleranz zu erteilen ist, kann eine Zustimmung der Eltern oder älterer Schüler verfassungsrechtlich nicht verlangt werden".

(36) BVerfGE 47, 2, pág. 78.

(37) *Beschluß v. 31.5.2006 2 BvR 1693/04*, en *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, 52, 2007, págs. 100-106.

dres (como ya había afirmado en el Auto anterior), pero debe hacerlo en el respeto a su deber de neutralidad y de tolerancia hacia la concepción educativa que tengan los padres (38). El Estado no puede deliberadamente ejercer influencia en servicio de una determinada orientación ideológica o política. El Estado a través de las medidas educativas en la escuela pública ni puede identificarse con una determinada fe o ideología ni puede poner en peligro la paz religiosa de una sociedad. A tenor de ello, continúa el Tribunal, las referencias cristianas no están prohibidas en la configuración de la escuela pública, pero la escuela pública debe estar abierta a otros contenidos y valores religiosos o ideológicos.

El deber general de escolarización sirve como instrumento adecuado y exigible al fin legítimo de la implantación del encargo educativo del Estado (*Erziehungsauftrag*). Ese encargo no se reduce exclusivamente a la transmisión de ciencia y a la educación de una personalidad responsable de sí misma. Se dirige también a la formación de ciudadanos responsables que, conscientes de su igualdad y responsabilidad, tomen parte en los procesos democráticos de una sociedad pluralista. La competencia social en el trato de quienes no piensan como ellos, la tolerancia vivida, la posibilidad de afirmar y llevar a cabo la propia convicción en contra de la de la mayoría, pueden ser ejercitadas de modo efectivo, si los contactos con una sociedad y con quienes dentro de ella representan opiniones distintas no tienen lugar sólo ocasionalmente, sino cuando son parte de la experiencia diaria mediante la regular asistencia a la escuela (39).

La apertura a un amplio espectro de opiniones y concepciones es una condición constitutiva de una escuela pública en una comunidad libre y democrática. Los padres fueron invitados por la escuela a participar en el modo en se transmitían a sus hijas

(38) Sigue en esto el Auto de la Sala segunda del Tribunal constitucional de 21 de abril de 1989.

(39) *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, 52, 2007, pág. 103.

los contenidos relativos a educación sexual a los que los padres se opusieron. Por otra parte, los padres no habían manifestado en el centro escolar sus reservas o su preocupación por la educación que recibían sus hijas en el centro escolar. En las instancias judiciales anteriores, tampoco resultó probado por qué los padres apartaron del centro escolar a las tres hijas, cuando una de ellas no había recibido educación sexual, y por qué las apartaron de todas las asignaturas, cuando podían haber continuado asistiendo, por ejemplo, a Matemáticas y clases de idiomas. Tampoco probaron los padres un cambio de escuela (fuera ésta pública o privada) de las niñas.

El recurso de amparo se dirigía contra la persecución penal del incumplimiento del deber de escolarización por motivos religiosos. La libertad religiosa está, en cuanto parte del sistema de valores de la Ley Fundamental, ordenada al mandato de la tolerancia y especialmente referida a la dignidad humana, que domina como valor superior del conjunto del sistema de la Ley Fundamental. De ahí que acciones y conductas que provienen de una determinada actitud religiosa, no están sin más sometidas a la sanción que en otro caso tendrían prevista por el Estado para esa conducta en ausencia de motivación religiosa. Por eso no hay sanción penal cuando el infractor no se comporta por una carencia de sentido de obligación al Derecho (40).

b) Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha inclinado por una interpretación restrictiva de la obligación estatal de respetar el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus convicciones religiosas o morales. Conforme a esta interpretación, ese derecho no exige necesariamente una plena

(40) Auto 2 BvR 1693/04, de 31 de mayo de 2006.

acomodación a las creencias de los padres, sino que únicamente prohíbe al Estado perseguir un fin de adoctrinamiento en la organización del sistema educativo (41). En el caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, de 7 de diciembre de 1976 (42), el Tribunal hacía notar que la determinación de los planes de estudio es competencia del Estado, el cual posee un amplio margen de apreciación discrecional basado en razones de oportunidad o conveniencia, que la Corte no está legitimada para enjuiciar. El derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones no se extiende a la posibilidad de oponerse a la integración de una determinada materia en el programa escolar, aunque se trate de informaciones o conocimientos que tengan, directa o indirectamente, un carácter religioso o filosófico. En caso contrario, la enseñanza institucionalizada resultaría inviable. El Tribunal entendió que la inclusión de la educación sexual en los planes de estudio no está prohibida al poder público, siempre que tales cuestiones sean abordadas "de una manera objetiva, crítica y pluralista". Aunque esas enseñanzas eran contrarias a las creencias de los demandantes, las autoridades danesas no habían vulnerado el derecho de los padres, porque no habían perseguido el adoctrinamiento (43).

(41) F. FERNÁNDEZ SEGADO, "La interpretación del derecho a la educación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Revista de Derecho Público*, 106, 1987, págs. 5 y ss. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, "El Derecho internacional y las objeciones de conciencia", en AA.VV, *Objeción de conciencia*, México D.F., 1998, págs. 123 y ss.

(42) Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, n.º 5095/71, 5920/72, 5926/72, de 7 de diciembre 1976, serie A-23. El caso se refería a la puesta en práctica de un nuevo sistema de educación sexual en los colegios públicos, con la declarada finalidad de prevenir los embarazos no deseados entre adolescentes. Algunos padres disintieron contra esas enseñanzas, por estar convencidos de que la educación sexual correspondía en exclusiva a los padres. El resultado de la decisión fue favorable al gobierno danés.

(43) Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, n.º 5095/71, 5920/72, 5926/72, 7 de diciembre 1976, serie A-23, § 53. Un comentario a esta

El Tribunal entendió que la limitación del derecho de los padres era legítima puesto que tal como había sido organizada en Dinamarca, su fin era un objetivo legítimo atendiendo a razones de interés público y, porque iba destinada a la transmisión imparcial de conocimientos. En consecuencia, concluyó que la legislación recurrida no infringía el art. 2 del Primer Protocolo. Además, los padres conservan su libertad para enviar a sus hijos a escuelas privadas, fuertemente subvencionadas por los fondos públicos, o incluso para educarlos en su propia casa, como autoriza la ley danesa.

El voto discrepante del juez Verdross entendía que, dada la peculiaridad de la materia, en la ponderación del conflicto falló la valoración de los criterios de adecuación e indispensabilidad de la asignatura para alcanzar una finalidad legítima, como es la de lograr una formación integral de los menores. A su juicio, hubo un sacrificio desproporcionado de la libertad educativa de los padres, llamado a ceder con la imposición del currículum obligatorio, a favor del derecho a la educación básica obligatoria, y que podía haberse evitado permitiendo la exención a esa materia.

c) Jurisprudencia española

En la jurisprudencia española la sentencia más relevante es la pronunciada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Cantabria, el 23 de marzo de 1998 (44). El

Sentencia, puede verse en L. MILLÁN MORO, "El derecho a la educación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en G. SUÁREZ PERTIERRA/J. M. CONTRERAS MAZARÍO (eds.), *Interculturalidad y educación en Europa*, Valencia, 2005, págs. 151-153.

(44) No hemos podido consultar el texto de la sentencia, la conocemos a través de lo que de ella se reproduce en B. RODRIGO LARA, "La objeción de conciencia a la educación sexual. Comentario a una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 23 de marzo de 1998", en VV. AA. *Derecho de*

recurrente reclamaba que se modificara la calificación que había recibido su hija, menor de edad, en la asignatura de ciencias naturales, ya que la materia de sexualidad que formaba parte de esta área de conocimiento lesionaba su libertad religiosa y de creencias y, en consecuencia, había dejado de asistir a ella a partir de ese momento. No constaba, sin embargo, que la alumna dejara de asistir al resto de asignaturas. El Tribunal rechazó la pretensión argumentando que "el derecho no ampara una discriminación positiva ni predetermina el proyecto educativo de un centro público en función de un ideario particular" (FJ 2.º). Asimismo, argumentaba que "el derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación de acuerdo con sus convicciones (...) no supone, ni puede suponer, el derecho a imponer a los demás las propias convicciones, ni la posibilidad de exigir un trato diferencial en función de tales convicciones" (FJ 12.º). La pretensión fue interpuesta posteriormente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que denegó su admisión a trámite (45).

d) Propuestas y consideraciones conclusivas

La cuestión de la educación sexual en la escuela atañe de modo directo al *punctum dolens* de las controversias jurídicas en materia educativa: ¿hasta dónde alcanza la competencia del Estado en materia educativa —más allá de las cuestiones estructurales, organizativas y de garantía de conocimientos— en caso de conflicto con los derechos de los educandos?

El Tribunal Constitucional Federal consideró que la educación sexual, tal como se impartía en Hamburgo era inconstitucional (y conforme con la Constitución en los otros dos recursos

familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Bilbao, 2001, págs. 761 y ss.

(45) Cfr. Decisión n.º 51188/99, Jiménez Alonso contra España, de 25 de mayo de 2000.

que resuelve conjuntamente en la primera de las decisiones a las que aquí se ha hecho referencia), porque no dejaba a los padres el espacio suficiente para su derecho primario a educar a sus hijos. Expresamente dejó la cuestión abierta acerca de si sería posible admitir exenciones a las clases de educación sexual, si no fueran una materia transversal, sino circunscrita a unos determinados temas de una asignatura. Parece apuntar que tal exención sería admisible, aunque remite la cuestión a una eventual intervención del legislador. Si se compara esta decisión con las que veremos más adelante sobre exención a las clases de gimnasia, cabe plantearse que quizá si la cuestión se resolviese ahora se decidiría a favor de la dispensa, o al menos se prevería el deber de las autoridades escolares de intentar encontrar una solución de acuerdo con los padres que pudiera ser satisfactoria para ellos. El hecho de que el último Auto pronunciado por el Constitucional acerca de la educación sexual sea denegatorio, no obsta a esta consideración conclusiva que proponemos, puesto que en el caso planteado, los padres no retiraron a su hija sólo de los temas de Biología en los que se impartía la educación sexual, sino que la retiraron de todas las asignaturas, y además no sólo dejaron de enviar a la escuela a la niña que las recibía, sino también a las hermanas, y por tanto, lo que en el fondo resuelve este Auto no es la exención a las clases de educación sexual en la escuela por motivos de conciencia, sino la objeción por motivos religiosos al deber general de escolarización, y esto es lo que no tiene cabida en el marco de la Ley Fundamental de Bonn.

Nos parece que la argumentación del Tribunal Constitucional alemán es más acertada que la de la sentencia española en el caso de Cantabria, que pretende ver por parte de los padres una exigencia de discriminación positiva. En lo que atañe a la jurisprudencia europea en materia de educación sexual en la escuela, nos parece que no llega a afirmar de manera tan contundente como lo hace el Tribunal Constitucional alemán que el Estado puede perseguir fines educativos propios con independencia de los padres. Sin embargo, en la práctica las limitaciones impues-

tas a los derechos de los padres en el caso de la educación sexual estimamos que fueron mayores.

B) La asignatura de Ética u otra de similar contenido axiológico

Al referirnos en este epígrafe a la asignatura de Ética (u otra de similar contenido axiológico), no estamos haciendo referencia a una materia alternativa a las clases de Religión de carácter confesional, que con frecuencia es también denominada Ética o de modo semejante (46). Nos referiremos aquí a las materias que, además de la clase de Religión (47), pueden formar parte de un sistema educativo, con un fuerte contenido axiológico y que no son opcionales para el alumno.

a) Jurisprudencia constitucional alemana

En el Estado de Berlín se introdujo para el curso 2006/07 con carácter obligatorio en las escuelas públicas la asignatura de Ética, sin posibilidad de ser dispensado de ella. Una alumna de trece años de edad solicitó, junto con sus padres, la declaración de inconstitucionalidad de la ley escolar de Berlín, que había introducido esta prescripción. Esta pretensión fue considerada inadmisibile.

(46) Es el caso, en el Estado de Brandeburgo de la llamada *Lebensgestaltung – Ethik – Religionskunde* Sobre esta asignatura, puede verse una referencia en M. J. ROCA, "Régimen jurídico del nombramiento de los profesores de religión en las escuelas públicas alemanas", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, iustel.com, 14, 2007, apartado 2.4.

(47) Sobre la enseñanza de la religión, puede resultar de interés consultar el texto de los Principios orientadores de Toledo sobre la enseñanza acerca de religiones y creencias en las escuelas públicas elaborado por el consejo asesor de expertos sobre libertad de religión o creencia de ODIHR. El texto inglés puede consultarse en iustel.com *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 16, 2008.

Solicitaron entonces la exención de la clase de Ética de la escolar, por motivos de conciencia, que también fue desestimada. Entre los argumentos de Derecho de la sentencia, figuran los siguientes. "La apertura para una pluralidad de opiniones es una condición constitutiva de la escuela pública en una comunidad libre y democrática. El legislador de cada Estado puede oponerse a la interposición de motivos de conciencia, para esforzarse en la integración de las minorías. La integración tiene como presupuesto no sólo que la mayoría religiosa o ideológica no excluya a las minorías, ésta exige también que las minorías no se excluyan a sí mismas ni se cierran al diálogo con otros pensadores y otros creyentes. El ejercicio y la práctica de esta tolerancia vivida puede ser una tarea importante de la escuela pública. La capacidad de todos los alumnos para la tolerancia y el diálogo es una condición fundamental no sólo para la posterior participación en el proceso de formación de la voluntad democrática, sino también para una convivencia adecuada en el respeto recíproco a las convicciones religiosas o ideológicas de otros. En el marco de la tarea educativa del Estado, el legislador puede, en atención a las circunstancias de hecho y a la orientación religiosa de la población, introducir una clase de Ética en la que participen todos, sin posibilidad de exenciones, para perseguir que los fines legítimos de la integración social y de la tolerancia sean alcanzados, y los alumnos reciban una base común de valores. El legislador berlinés puede partir de la base de que estos fines no son alcanzados del mismo modo mediante la participación en una clase de Religión separada según las confesiones, y sin carácter obligatorio. La asistencia a clases de Religión con carácter voluntario no constituye una sobrecarga inexigible para los alumnos, sobrecarga que por otra parte es independiente de que exista o no una clase de Ética con carácter obligatorio" (48).

(48) Auto 1 BvR 2780/06, de 15 de marzo de 2007, cuya referencia oficial completa es:

BVerfG, 1 BvR 2780/06 vom 15.3.2007, Absatz-Nr.(1-49), en http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070315_1bvr278006.html. Cfr. el comentario

b) Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En el pasado año 2007 el Tribunal Europeo ha pronunciado dos sentencias relativas a conflictos entre las asignaturas previstas en la escuela pública y las creencias religiosas o ideológicas de los padres: la sentencia Folgerø contra Noruega (49) y la sentencia Zengin contra Turquía (50).

En el primer caso, la demanda fue presentada por cuatro padres de familia, la señora Folgerø, y otras tres parejas con hijos escolarizados en enseñanza primaria y que pertenecían a una Asociación humanista noruega. Solicitaban que sus hijos fueran eximidos totalmente de cursar la asignatura sobre "Cristianismo, religión y filosofía".

El Gobierno pretendía, en particular, que todos los alumnos fueran reunidos en clase para recibir la enseñanza de cuestiones tan importantes como la lucha contra los prejuicios y la discriminación, o la apertura y comprensión hacia entornos diferentes, algo esencial en una sociedad moderna y en un estado democrático.

El curso de "Cristianismo, Religión y Filosofía" carecía de la necesaria objetividad. La Ley noruega, preveía la dispensa parcial para aquellas actividades religiosas que impliquen adhesión a una determinada fe o filosofía de vida, tales como las oraciones, los salmos, aprendizaje de textos religiosos de memoria, o la participación en obras de teatro religiosas. En tales supuestos

a esta decisión de P. UNRUH, "Zur Verfassungsmäßigkeit des Obligatorischen Ethikunterrichts –Anmerkungen zum Religions– und Ethikunterricht in Berlin", en *Die Öffentliche Verwaltung*, 2007, págs. 625 y ss.

(49) Folgerø y otros contra Noruega, de 29 de junio de 2007 (Recurso no 15472/02). Un resumen de esta decisión puede verse en M. A. JUSDADO RUIZ-CAPILLAS/S. CAÑAMARES ARRIBAS, "La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la Sentencia del Tribunal europeo de Derechos humanos Folgerø v. Noruega", en *iustel.com Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 15, 2007.

(50) Zengin contra Turquía, de 9 de octubre de 2007 (Recurso no 1448/04).

la petición de dispensa no exige ninguna justificación. En cambio, las peticiones de dispensa de algunas partes del programa en las que, según los padres, se inculque una preferencia por el cristianismo sobre otras religiones o filosofías, sí exige según la normativa de desarrollo de la ley una justificación de los padres.

Los padres entienden que el sistema de exención parcial no salvaguarda su derecho de libertad religiosa y el derecho a educar a sus hijos según sus propias convicciones. Su previa solicitud de exención total de la asignatura fue rechazada por las autoridades educativas noruegas. Pero ellos consideraban que no basta con la dispensa parcial, pues no es posible compatibilizar la enseñanza objetiva y neutra con la posibilidad de exención parcial.

En esta sentencia, por primera vez se reconoce primacía al derecho de los padres respecto a la posición del Estado en materia educativa. A juicio del Tribunal, el mecanismo de dispensa parcial, es susceptible de someter a los padres a una molesta carga y al riesgo de que su vida privada sea expuesta indebidamente. Además entiende que una educación diferenciada sería contraria al texto del Convenio y rechaza totalmente el argumento del Gobierno de Noruega, alegando que los demandantes pueden llevar a sus hijos a escuelas privadas financiadas en gran medida por el Estado. La existencia de esta posibilidad no puede exonerar al Gobierno de garantizar el pluralismo en la enseñanza pública.

En el caso *Zengin* contra Turquía, se reconoce a unos padres *alevitas* el derecho a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones eximiéndoles totalmente de cursar una asignatura obligatoria del *curriculum* escolar sobre cultura y ética religiosa que se impartía desde una perspectiva sunita. La sentencia *Zengin* siguiendo la doctrina sentada en el caso *Kjeldsen*, no admite que el Estado tenga el deber de acomodar los programas escolares a las convicciones religiosas o filosóficas de los padres, y a conceder en su caso las exenciones —totales o parciales— a los alumnos con respecto a ciertas materias. El Tribunal define en qué consiste una actitud neutral del Estado en los contenidos educativos.

Las competencias estatales en el ámbito de la enseñanza suponen el reconocimiento en su favor de discrecionalidad para fijar los currículos escolares. Esta competencia incluye la posibilidad de introducir materias encaminadas a proporcionar conocimientos objetivos que tengan en mayor o menor medida, implicaciones religiosas, morales o filosóficas.

"Allí donde un Estado miembro incluye la enseñanza religiosa en el currículo escolar, es necesario, siempre que sea posible, evitar una situación en la que el alumno se encuentra frente a un conflicto entre la educación religiosa proporcionada por la escuela y las convicciones religiosas o filosóficas de sus padres. En conexión con ello, el Tribunal hace notar que, en relación con la enseñanza religiosa en Europa, y a pesar de la variedad de planteamientos docentes, casi todos los Estados miembros ofrecen al menos alguna vía mediante la cual los alumnos puedan ser dispensados de las clases de educación religiosa, bien articulando un mecanismo de exención, bien creando la opción de seguir una clase sustitutiva, o bien haciendo la asistencia a los estudios religiosos completamente opcional" (51). Puesto que la posibilidad de exención en Turquía sólo se preveía para los judíos y cristianos, pero no para los musulmanes, no sólo se reconoce a los demandantes la pretensión planteada, sino que además el Tribunal recomienda al Estado un cambio estructural del sistema.

c) La Educación para la Ciudadanía en España

Como es sabido, la Educación para la Ciudadanía en España es una asignatura controvertida, debido a que muchos padres y titulares de centros educativos entienden que sus contenidos sobrepasan las legítimas competencias del Estado en materia educativa (52).

(51) Zengin contra Turquía, § 71.

(52) J. M. MARTÍ, "La "Educación para la ciudadanía" en el sistema de la Ley Orgánica de Educación (una reflexión desde la libertad religiosa)", en

Además de las objeciones de conciencia planteadas por los padres a los centros educativos (53), en algunas Comunidades Autónomas los padres de los alumnos obligados a cursar la asignatura, han interpuesto recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que han sido admitidos a trámite (54). No se ha llegado a resolver sobre el fondo del asunto en algunas de las sentencias pronunciadas. Por el momento éstas son, la del Tribu-

iustel.com *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 10, 2006. IDEM, "La Educación para la ciudadanía", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 23, 2007, págs. 211 y ss. I. BRIONES MARTÍNEZ, "Aspectos controvertidos de la nueva Ley de Educación", en iustel.com *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 10, 2006, en las págs. 37 y ss., trata sobre la nueva asignatura "Educación para la ciudadanía".

(53) *La Razón*, sábado, 16 de febrero de 2008, pág. 37, ofrece datos por Comunidades Autónomas de las objeciones planteadas y que han podido ser contabilizadas, que ascienden a 22.334.

(54) La situación por Comunidades Autónomas, a día 26 de febrero de 2008, según la página web de Profesionales por la Ética es la siguiente: En Asturias se han interpuesto 23 recursos contencioso-administrativos: 19 por el procedimiento especial de derechos fundamentales y 4 por el procedimiento ordinario. Han recaído 7 sentencias que, sin resolver acerca del derecho a la objeción, entienden que no se puede considerar vulnerado hasta que se concrete en proyectos docentes y actividad del profesor.

En Andalucía, hay presentadas 12 demandas contra los decretos autonómicos de Educación para la Ciudadanía y al menos otros 15 recursos (Huelva, Cádiz, Sevilla, Córdoba) contra inadmisiones de la objeción. La Justicia ha permitido que los hijos de objetores no acudan a clase, como medida cautelar, hasta que no haya sentencia definitiva.

En Aragón, constan presentados al menos 5 recursos por parte de padres de Alcorisa (Teruel) y Zaragoza. En Cataluña, 1.000 padres adheridos al recurso presentado por la Fundación Abat Oliba, e-Cristians y Juristes Cristians contra los decretos catalanes de la asignatura. El TSJC no ha admitido este recurso y ya se ha anunciado nuevo recurso ante el Tribunal Supremo.

En el País Vasco, han interpuesto recurso 14 padres de Vizcaya: admitido a trámite por el TSJPV por la vía de procedimiento especial por vulneración de derechos fundamentales. Recurso contencioso administrativo ordinario presentado por 341 padres de Guipúzcoa.

nal Superior de Justicia de Asturias (55), que no resuelve sobre si es posible o no admitir la objeción, sino que deniega la pretensión de los demandantes, atendiendo a que "no cabe impugnar genéricamente las asignaturas relativas a Educación para la Ciudadanía como contrarias al derecho a la libertad ideológica" (56). El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (57) ha rechazado suspender cautelarmente la implantación de las asignaturas, como habían solicitado los padres.

Por su parte sí resuelven, denegando la pretensión de los demandantes, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (58), que consideró inadecuado el procedimiento, al no observar en el acto impugnado (las resoluciones de 17-9-2007, de la Directora general de educación básica y bachillerato que desestimaron las objeciones planteadas) ninguna violación de las libertades públicas y derechos fundamentales. Y estimando la petición de los recurrentes, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (59), que en el fallo de la sentencia declara: "reconocer el derecho de los demandantes a ejercer la objeción de conciencia frente a la asignatura Educación para la Ciudadanía", quedando en consecuencia el alumno exento de cursar la asignatura y de ser evaluado de la misma.

Parte importante de la discusión doctrinal en nuestro país sobre si resulta posible o no interponer objeción a esta asignatura radica en determinar si es necesaria o no una *interpositio legis* previa (60). Entiendo que ya que la Constitución no ga-

(55) Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a). Sentencia núm. 198/2008 de 11 febrero.

(56) FJ 6.º de la mencionada sentencia.

(57) Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a). Auto de 14 febrero 2008.

(58) Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo (sección 2.^a), de 12 de marzo de 2008.

(59) Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo (sección 3.^a), de 4 de marzo de 2008.

(60) Sobre la conveniencia de una ley que recoja los supuestos más frecuentes de objeción de conciencia, véase la monografía M. J. ROCA (coord.), *Opciones*

rantiza la posibilidad de que todos los padres dispongan de un centro escolar que esté de acuerdo con sus propias convicciones y al que puedan llevar a sus hijos, por considerar que no es un derecho de protección directa (61), sino que se garantiza a través de otros derechos, esta otra garantía deberá ser lo más amplia posible.

d) Propuestas y consideraciones conclusivas

Tanto en el caso del Estado noruego como en el del Estado berlinés, la finalidad de los poderes públicos era crear un entor-

de conciencia. Propuestas para una ley, Valencia, 2008. La mencionada sentencia del TSJ de Andalucía, afirma en su fundamento jurídico tercero, "podemos concluir que en el ordenamiento jurídico español, la ley puede regular el derecho a la objeción de conciencia, pero la falta de regulación, de reconocimiento legislativo, no puede impedir su ejercicio cuando están en juego derechos fundamentales".

(61) La STS, de 30 de junio de 1994, declaró que "el art. 27.3 de la Constitución (sobre el que gira toda la argumentación de la parte actora) dispone que 'los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones'. Ahora bien, éste no es un derecho de protección directa, porque, como se comprenderá, los poderes públicos no pueden garantizar que en todos y cada uno de los puntos del territorio nacional existan Colegios o Centros de enseñanza que respondan a las preferencias religiosas y morales de todos y cada uno de los pares españoles, pues eso sería tanto como exigir la existencia de cientos, miles o millones de colegios, tantos cuantos progenitores con ideas religiosas o morales distintas existan en una localidad determinada. Se trata en consecuencia de un derecho de protección indirecta, que se consigue a través del establecimiento y protección de otros derechos constitucionales, como el derecho a la libertad de enseñanza (art. 27.1 de la Constitución), el derecho de creación de centros docentes (art. 27.6 de la misma), el derecho a la libertad de cátedra [(art. 20, 1, c)], y la neutralidad ideológica de los centros públicos (art. 18.1 de la Ley Orgánica 8/1985 reguladora del derecho a la educación). Es a través de estos preceptos como se hace efectivo el derecho reconocido en el art. 27.3 de la Constitución, sin necesidad, por lo tanto, de que exista una regulación propia, específica y concreta del mismo".

no escolar abierto a todos los alumnos que ayudase a conocer los pensamientos y tradiciones de otros, etc. El Tribunal Constitucional Federal alemán no permitió a los padres la exención de la asignatura de Ética, porque reconoce al legislador (62) de cada Estado la competencia para introducir una asignatura de contenido axiológico, con carácter uniforme para todos los alumnos.

En mi opinión, si la decisión del Tribunal Constitucional en el caso de la Ética en las escuelas berlinesas llegase a Estrasburgo, probablemente este *Land* se vería obligado a admitir exenciones a los alumnos que consideren la asignatura incompatible con sus propias convicciones. No parece posible mantener una asignatura de contenido axiológico sin posibilidad de dispensa y sin alternativa para los que no deseen cursarla. Si esto no es posible –a todas luces, y de modo indiscutido– para la enseñanza religiosa (así se ha declarado en el caso Folguero y en el caso Zengin), tampoco debería serlo para otras enseñanzas que afecten a las convicciones de los padres o los alumnos, puesto que tanto en los documentos internacionales de ámbito universal, como en los de ámbito regional europeo, y en los de los Estados que estamos aquí considerando (Alemania y España), se equiparan en cuanto a su protección jurídica las creencias religiosas y aquellas no religiosas, pero que tienen un papel similar para la conducta moral del individuo que las profesa.

(62) Conviene tener presente el tradicional respeto del Tribunal Constitucional Federal a las competencias del legislador. Como se sabe en materia de simbología religiosa, el Alto Tribunal decidió que sólo podía prohibirse a los funcionarios de cada *Land* el uso de prendas de carácter religioso, si una ley previa lo prohibía. Sobre el tema puede verse, M. J. ROCA, "La jurisprudencia y doctrina alemana e italiana sobre simbología religiosa en la escuela y los principios de tolerancia y laicidad. Crítica y propuestas para el Derecho español", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 23, 2007, págs. 257 y ss. Por otra parte, en lo que se refiere al recurso de amparo, la tendencia es admitir sólo aquellos supuestos cuya decisión resulte susceptible de ser generalizada como ley, sobre el tema puede verse, C. STARCK, "Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 53, 1998, págs. 11-32.

C) *La clase de Gimnasia*

Otras posibilidades de conflicto derivadas del pluralismo cultural y religioso en el ámbito escolar son los ejercicios físicos que requieran mayor esfuerzo para alumnos islámicos en el mes del Ramadán (63) y para las alumnas adolescentes, si la clase de educación física es mixta o el profesor de gimnasia es varón (64).

a) *Jurisprudencia alemana*

Los Tribunales administrativos superiores de diversos Estados (*Länder*) de la República federal alemana han resuelto conflictos planteados por alumnas islámicas que no querían asistir a clases de deporte (65) o a clases de natación mixtas (66). Las razones aducidas de las prescripciones del Corán sobre el vestido o sobre las clases de deporte en régimen de coeducación en

(63) El ayuno durante el Ramadan es uno de los cinco pilares del Islam. La práctica del ayuno aparece prescrita en el siguiente versículo coránico: "¡Oh creyentes! Se os ha prescrito el ayuno al igual que se les prescribió a los que os precedieron, para que así podáis merecer la protección de Dios (contra las tentaciones de vuestro yo carnal) y alcanzar la piedad" (Sura *al-Baqara*, 2:183). Hay varios dichos del Profeta precisando el alcance del ayuno. Por ejemplo: Dice el Profeta ("Ayunad a su visión (ver la luna) y romped a su visión y si se os es oculta (la luna por causa atmosférica) concluid el mes de Ramadán contando treinta días. Igualmente al comienzo del mes de Ramadán se contarán treinta días de *Shabán* sino es visible el nacimiento de la luna").

(64) En cuanto a la obligación de la mujer de cubrirse, como se sabe, hay distintas interpretaciones. De los más de 6000 versículos que integran el Corán, sólo 17 se refieren al *hiyab*, y estos 17 distinguen entre el *hiyab* externo y el interno. Del *hiyab* externo (*zاهر*), que es la prescripción de la mujer de cubrirse, tratan sólo dos versículos del Corán. (el 24, 31 y el 33, 59).

(65) Auto de 26 de abril de 1991 del Tribunal administrativo superior de Lüneburg, en *Neue Verwaltungszeitschrift*, 1992, pág. 79.

(66) Sentencia de 12 de julio de 1991 del Tribunal administrativo superior de Münster, en *Neue Verwaltungszeitschrift*, 1992, pág. 77.

supuestos planteados por escolares del Islam (67) fueron muy similares a las alegadas en otro conflicto resuelto por el Tribunal constitucional de Baviera por una escolar perteneciente a la Iglesia Palmariana (68). En todos estos casos se admitía para las alumnas la exención por motivos religiosos de la clase de deporte en régimen de coeducación (69).

Pero el Tribunal administrativo federal fue un poco más allá. Este órgano judicial resolvió mediante la Sentencia de 25 de agosto de 1993 (70) que la administración educativa estatal está obligada a agotar todas las posibilidades organizativas para facilitar a los alumnos que profesan la fe islámica la participación en las clases de deporte —por ejemplo, arbitrando clases de deporte separadas por sexos—, sin situarlos de modo inexigible en un conflicto con su propia fe. Mientras que estas medidas no se hayan adoptado, tienen derecho a ser eximidos de una clase de deporte en régimen coeducativo para ambos sexos, en la medida en que para ellos se opongan motivos religiosos. Con ocasión de esta sentencia (y de otras a las que no se hace aquí referencia porque no atañen al ámbito educativo), se ha destacado por parte de la doctrina que el Estado no puede frustrar arbitrariamente las creencias religiosas en la organización de las instituciones estatales. Lo cual supone que en las relaciones de especial sujeción, el Estado debe adoptar medidas positivas

(67) Sentencia de 15 de noviembre de 1991 del Tribunal administrativo superior de Münster, en *Nord-Rheinwestfälische Verwaltungsbaltt*, 1992, pág. 136.

(68) Sentencia de 6 de mayo de 1987 del Tribunal Constitucional de Baviera, en *Neue Verwaltungszeitschrift*, 1987, pág. 706.

(69) Una referencia a la jurisprudencia alemana en lengua castellana, puede verse en D. SCHEFOLD, "La educación como transmisión de valores en un Estado de pluralismo de valores", en A. CASTRO JOVER (ed.), *Educación como transmisión de valores*, Oñate, 1995, págs. 97 y ss.

(70) BVerwGE (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts) 94, 82. También puede verse en *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, 40, 1995, págs. 493 y ss. y en *Deutsche Verwaltungsblatt*, 1994, pág. 163.

para que las personas puedan vivir conforme a sus deberes religiosos (71).

Poco después de este pronunciamiento, el Tribunal administrativo de Friburgo (72), en una Sentencia de 10 de noviembre del mismo año, concedió a una alumna la dispensa de las clases de deporte, incluso aunque no fueran mixtas.

b) Supuestos planteados en España

La doctrina española (73) se ha ocupado de los casos conflictivos planteados en España, aunque ninguno de ellos ha llegado a la instancia judicial. Se han resuelto de modo satisfactorio en vía administrativa; o bien porque los padres han accedido a la

(71) A. v. CAMPENHAUSEN, *Staatskirchenrecht*, 3. ed., München, 1996, pág. 66.

(72) No hemos podido consultar el texto de la sentencia, tomamos la referencia de A. V. CAMPENHAUSEN, *Staatskirchenrecht*, 3. ed., München, 1996, pág. 72, nota 58.

(73) M. MORENO ANTÓN, "Proyección multicultural de la libertad religiosa en el ámbito escolar", en iustel.com *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 10, 2006, "Algunas niñas islámicas o sus familias se niegan a cursar determinadas asignaturas que estiman contrarias al pudor y comedimiento que debe presidir cualquier conducta pública de la mujer en el mundo musulmán. La objeción se plantea excepcionalmente respecto a la clase de música, y en la mayor parte de los casos respecto a la de educación física. En el ámbito del Derecho Comparado la casuística es variada: a veces se objeta su carácter mixto por el posible roce con alumnos de otro sexo; otras veces se veta la ropa que hay que utilizar para realizarla o que hay que dejar de llevar para poder cursarla; y en algunas ocasiones, la objeción se dirige sólo a aquellos ejercicios que implican un contacto físico. Y las soluciones son también muy distintas, pues en países como Francia se considera legítima la expulsión de la alumna que falta a clase de gimnasia reiteradamente; en cambio en Alemania se dispensa de cursar la asignatura en base a la protección de la libertad religiosa, aunque en una gran parte de los Estados de la Unión (Bélgica, Dinamarca, Holanda) la asistencia a las clases de natación o educación física es obligatoria y sólo puede ser dispensada en casos de enfermedad acreditada mediante certificado médico".

asistencia a clase, o bien porque la administración educativa competente (74), ha dispensado de la clase de gimnasia a quienes por motivos religiosos no querían cursarla.

c) *Propuestas y consideraciones conclusivas*

Nos parece que las soluciones adoptadas en la República Federal de Alemania para atender a las demandas de los escolares que por motivos religiosos solicitan la exención de la clase de gimnasia, y el deber de las autoridades escolares de adoptar todas las medidas organizativas necesarias para impartir el deporte en clases separadas por sexos, si así lo requieren las alumnas islámicas o sus padres, es una solución razonable para atender al pluralismo escolar, que se inserta dentro de la tradición alemana del principio de tolerancia como deber de los poderes públicos, y que podrían ser trasladadas a España, aunque en nuestro país no exista un principio de tolerancia como el elaborado en doctrina y jurisprudencia alemanas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales.

2. *Participación de los miembros de la comunidad escolar en actividades no regladas*

La LOLR reconoce el derecho a practicar los actos de culto y a recibir asistencia religiosa de la propia confesión, así como a no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a las propias convicciones (75). Se garantiza

(74) A. CASTRO JOVER, "Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación", en *Laicidad y Libertades*, 2, 2002, págs. 105-106, recoge los conflictos planteados, como por ejemplo el padre argelino de Girona, que no cedió en su petición de dispensa para sus hijas de la asignatura de gimnasia, y finalmente la administración educativa catalana otorgó la exención.

(75) Art. 2.1.º.b).

también "el derecho a elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones" (76), comprometiéndose los poderes públicos a "adoptar las medidas necesarias para facilitar la formación religiosa en centros docentes públicos" (77). Los Acuerdos entre el Estado español y las minorías religiosas reconocen a los escolares de religión evangélica, islámica o judía, el derecho a la dispensa de asistencia a clases y celebración de exámenes en el día de su descanso semanal y en sus festividades religiosas (78). Además, el Acuerdo del Estado español con la Comisión Islámica de España garantiza el respeto a sus preceptos religiosos relativos a la alimentación y horarios de comidas en los centros docentes públicos y privados concertados (79).

Pues bien, hay medidas de los propios poderes públicos que, en mi opinión, van en contra de los deberes que establecen la LOLR y los acuerdos con las Confesiones minoritarias. Así por ejemplo, en la normativa gallega de atención de comedores escolares, se prescribe expresamente que en cada comedor escolar habrá un menú único, excepto para quienes presenten un certificado médico (80). Tal vez esto planteará problemas en escuelas

(76) Art. 2.1.º.c).

(77) Art. 2, apartados 1.b), 1.c) y 2 de la LOLR. Un comentario a los mismos a cargo de M. RODRÍGUEZ BLANCO, puede verse en A. C. ÁLVAREZ CORTINA /M. RODRÍGUEZ BLANCO (coord.), *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7 /1980, de 5 de julio. Comentario a su articulado*, Granada, 2006, págs. 49 y ss.

(78) Art. 12.2 del Acuerdo con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, art. 12.3 del Acuerdo con la Federación de Comunidades Israelitas de España, art. 12.3 del Acuerdo con la Comisión Islámica de España.

(79) Art. 14.4 del Acuerdo con la Comisión Islámica de España.

(80) *Decreto 10/2007, do 25 de xaneiro, polo que se regula o funcionamento dos comedores escolares nos centros docentes públicos non universitarios dependentes da Consellería de Educación e Ordenación Universitaria*. 6 de febreiro de 2007 *Diario Oficial de Galicia* n.º 1.597:

donde haya alumnado perteneciente a la comunidad islámica o judía y también para los miembros de la Iglesia católica los viernes de cuaresma, por motivos religiosos. Por motivos ideológicos, puede suscitarlos para vegetarianos. Pero no son éstos los supuestos conflictivos planteados. Un cierto número de las controversias del ámbito escolar que llegan a los tribunales tienen su origen en el comportamiento, o la participación de los miembros de la comunidad escolar en actividades no regladas (representaciones navideñas, atuendos con un significado religioso, o atuendos que pueden atentar contra el decoro). En todos estos supuestos se encuentra un común denominador: el eventual con-

Artigo 6.º Organización, administración e xestión económica.

A organización, administración e xestión económica dos comedores escolares corresponde á comunidade educativa do centro, representada polo consello escolar, que exercerá as funcións que se establezan neste decreto e nas súas normas de desenvolvemento.

Artigo 17.º Avaliación e inspección. 1. A Consellería de Educación e Ordenación Universitaria avaliará o funcionamento, a xestión e a organización do servizo de comedor escolar. Para estes efectos, os centros docentes públicos que presten o servizo de comedor disporán dun programa anual do servizo de comedor aprobado polo consello escolar, que se integrará na programación xeral anual.

2. Correspóndelle á Consellería de Educación e Ordenación Universitaria o exercicio do labor inspector dos comedores escolares, con especial atención ao cumprimento do principio de igualdade entre homes e mulleres, sen prexuízo das atribucións que lle corresponden á consellería competente en materia de sanidade e aos concellos.

Art. 10.º 1. A elaboración dos menús realizarase de tal xeito que proporcione aos usuarios unha dieta equilibrada, contribúa ao seu mellor desenvolvemento e favoreza a adquisición de hábitos alimentarios saudables. Os devanditos menús poranse en coñecemento do consello escolar do centro.

2. O menú será único para todos/as os/as usuarios/as do servizo de comedor, salvo nos casos de alumnas/os que teñan algún tipo de intolerancia ou alerxia alimentaria, medicamente documentada.

Estes menús serán autorizados polo consello escolar, de acordo coas normas que se diten en desenvolvemento do presente decreto, e estarán justificados mediante certificación médica. Se for o caso, o centro facilitará os medios para a conservación e consumo do menú proporcionado pola familia.

flicto del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad ideológica y religiosa y el respeto a los mismos derechos de los demás miembros de la comunidad educativa (y en algunos casos al principio de laicidad). En mi opinión, si estos supuestos llegasen a plantearse en sede judicial, el juez ha de resolverlos aplicando el principio de proporcionalidad (81), sin pretender suplantar las competencias de las administraciones educativas. Sólo si efectuado el juicio de proporcionalidad el juez estima que se han lesionado los derechos fundamentales de alguna de las partes en litigio, podrá rectificar la decisión adoptada por las autoridades competentes.

A) Jurisprudencia constitucional alemana

De las actividades que tienen lugar en el ámbito de la escuela pública, y no son enseñanzas regladas, las que han dado lugar a decisiones más relevantes por parte del Tribunal Constitucional en el vecino país alemán han sido la relativa a la oración en la escuela (82), la de los crucifijos en las aulas de Baviera (83), y la de la posibilidad de que los profesores (funcionarios públicos) impartan su docencia con un atuendo religioso (84). De estas decisiones nos hemos ocupado en escritos anteriores y a ellos

(81) Sobre el juicio de proporcionalidad, pueden verse las SSTC 160/87, FJ 6.º; 111/91, FF. JJ. 8.º y 9.º; 55/96, FJ 3.º y 136/99, FJ 22.º. Entre la abundante doctrina, véase, M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, 2003, y J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Madrid, Barcelona, 2000.

(82) Auto de 16 de octubre de 1979, en BVerfGE 52, 223.

(83) Sentencia del Tribunal constitucional federal alemán de 16 de mayo de 1995, en BVerfGE, 93, 1.

(84) Sentencia de 24 de septiembre de 2003. BVerfG, 2 BvR 1436/02 vom 3.6.2003, Absatz-Nr. (1-140).

http://bverfg.de/entscheidungen/rs20030924_2bvr143602.htm

nos remitimos (85), anotaremos aquí exclusivamente la cuestión de la posibilidad de bendecir la mesa en las escuelas infantiles en la República Federal de Alemania, por ser una decisión más reciente.

El Tribunal Constitucional (86) desestimó la admisión a trámite de un recurso de amparo en el que el demandante consideraba que no había recibido amparo judicial ni en primera instancia [ante el juzgado administrativo de Gießen (87)], ni en apelación [ante el tribunal administrativo del Estado de Hessen (88)], para su pretensión de que se suprimiese la bendición de la mesa en la escuela infantil municipal que frecuentaba su hijo, alegando que él era de ideología atea, y veía lesionado su derecho de libertad ideológica y su derecho a la educación de su hijo, garantizado en los arts. 4.1 y 6.2 de la Ley Fundamental de Bonn. Entendía el demandante que el principio de neutralidad ideológica y religiosa del Estado prohíbe que los empleados de una escuela infantil actúen como organizadores de actividades religiosas.

El Tribunal Constitucional Federal, en sus fundamentos —además de cuestiones procesales— argumenta (n.º 7) que en el recurso de amparo no se ha considerado que en establecimientos como las escuelas infantiles las personas que trabajan como especialistas o como auxiliares realizan su tarea para el bien del niño, a tenor de los preceptos aplicables de la normativa vigente, y deben respetar los derechos del niño y de las personas responsables de su cuidado en todo lo que se refiera a su educación

(85) M. J. ROCA, "La jurisprudencia y doctrina alemana e italiana sobre simbología religiosa en la escuela y los principios de tolerancia y laicidad. Crítica y propuestas para el Derecho español", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 23, 2007, págs. 257 y ss.

(86) BVerfGE, 1BvR 1522/03 vom 2.10.2003, Absatz-Nr. (1-11), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk2003_1200_1bvrl52203.html

(87) Auto de 31-I-2003, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, pág. 1265.

(88) Auto de 30-V-I 2003, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, pág. 2846.

religiosa. Esos preceptos obligan a tomar en consideración los derechos de *todos* los niños y responsables de su educación, que concretan las posiciones respecto a los derechos fundamentales, y que se obtienen mediante una ponderación de las diversas consideraciones de valores de los niños y los padres. Estas prescripciones jurídicas de rango ordinario no pueden permanecer al margen de la valoración jurídica. Su contenido y su significado dentro del contexto de su aplicación tratan de determinar la vigencia de los derechos fundamentales invocados, y en virtud de la distribución de competencias entre el Tribunal constitucional y los tribunales ordinarios, es competencia de estos últimos.

Por lo que se refiere al respeto al multiculturalismo el Tribunal Constitucional Federal declara que precisamente en virtud de este principio todos los niños desde su infancia, también los hijos de padres de ideología atea, deben conocer que hay en la sociedad personas con creencias religiosas, y que desean practicarlas. El pluralismo se respeta en este caso, porque se dirigen oraciones de distintas confesiones, y porque quienes desean no participar en ninguna son plenamente respetados.

B) Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La Jurisprudencia europea que se ha ocupado del empleo de atuendos de referencia religiosa, lo hace en el caso planteado por una alumna universitaria contra Turquía, no en el contexto de las aulas escolares. Como se sabe, la sentencia confirma la decisión del Estado de prohibir el *chador* en las aulas (89). Es de suponer

(89) Sentencia Leyla Sahin contra Turquía, puede verse en iustel.com "Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado", 6, 2004. Un estudio de esta decisión puede verse en E. RELAÑO PASTOR/A. GARAY, "Los temores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al velo islámico", en iustel.com *Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Es-*

que si en un ámbito en el que los alumnos son mayores de edad, el Tribunal se ha pronunciado favorable a la posibilidad de restricción de ese derecho por parte del Estado, con mayor motivo se habría pronunciado en ese sentido si se tratase de alumnos menores de edad.

En cambio, en dos supuestos planteados contra Grecia (90), en los que se trataba de la objeción de conciencia planteada por unos alumnos Testigos de Jehová, que, por motivos religiosos, no querían tomar parte en un desfile escolar que conmemoraba la declaración de guerra entre Francia y Alemania en 1940, otorgó a los alumnos el derecho a abstenerse de participar en ese acto dentro de la escuela sin ser sancionados.

C) Propuestas y consideraciones conclusivas

En nuestro país, los supuestos de atuendos religiosos en la escuela, y la exposición de crucifijos o belenes en las aulas, ha sido resuelta por los Consejos escolares. Cuando algún caso ha llegado a los tribunales, éstos han confirmado la decisión del órgano administrativo competente. A mi modo de ver un tribunal sólo podría modificar una decisión de los órganos administrativos, si efectuado el juicio de proporcionalidad estimase que se ha lesionado algún derecho.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal constitucional ha manifestado que, "para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es

tado, 12, 2006. En el ámbito del Derecho internacional universal, puede verse el Dictamen de 5 de noviembre de 2004 (Comunicación núm. 931/2000. Documento CCPR/C/82/D/931/2000, de 18 de enero de 2005), relativo a la demanda formulada contra el Gobierno de Uzbekistán por una alumna expulsada por llevar velo islámico.

(90) Efstratiou contra Grecia, n.º 24095/94, 18 de diciembre de 1996, n.º 37 y Valsamis contra Grecia, n.º 21787/93, 18 de diciembre de 1996, n.º 36.

necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: "si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)" (91).

Lógicamente, este juicio no se podrá realizar cabalmente más que en el supuesto conflictivo concreto planteado. No obstante, pasamos a examinar los criterios más próximos para saber si la prohibición de simbología religiosa en el ámbito escolar se ajusta o no al principio de proporcionalidad. En primer término, corresponde emitir el llamado *juicio de idoneidad*. Es decir, si la medida prohibitiva es idónea para conseguir el objetivo propuesto. Según ha expresado la doctrina española, este subprincipio "hace referencia, tanto desde la perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten el éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa, y de su ámbito subjetivo de aplicación" (92).

El objetivo propuesto puede ser doble: por un lado, el respeto de la laicidad del Estado, y por otro, el respeto de los derechos fundamentales de quienes no comparten la religión o la tradición que el símbolo representa. A nuestro juicio, el supuesto no puede plantearse exactamente en términos de derechos de mayoría o minoría. La medida prohibitiva sólo puede permitirse para garantizar la paz, pero no para manifestar la laicidad, porque ello supondría una interpretación de la laicidad, que se convertiría en

(91) STC 270/1996, de 16 de diciembre, FJ 3, citando pronunciamientos anteriores: SSTC 66/1995 y 55/1996.

(92) J. BRAGE CAMAZANO, *Los límites de los derechos fundamentales*, Madrid, 2004, siguiendo a González-Cuellar.

un obstáculo para el ejercicio del pluralismo (93). Así por ejemplo en una escuela de Ceuta o de Melilla, la medida más idónea para garantizar la paz, si surgieran conflictos sería el que haya símbolos religiosos islámicos. El objetivo propuesto con la orden de retirar un símbolo (crucifijo o belén) de origen religioso en el recinto escolar, ha de ser a nuestro juicio garantizar la paz escolar. En otro caso deberán ser los padres quienes decidan si debe permanecer o no.

Por lo que se refiere al *juicio de necesidad*, hay que examinar si la orden de retirada de un símbolo o la prohibición de la indumentaria son necesarias para conseguir el propósito, y no hay otra medida más moderada que también permitiría su consecución. Así, por ejemplo, si el propósito es evitar el fundamentalismo en las aulas, puede bastar que se prohíba el *burka*, pero se debería permitir que las profesoras islámicas lleven el pelo cubierto. En el caso de las alumnas, si el objetivo es la seguridad, se les puede permitir el velo, excepto en los laboratorios de química, si trabajan con sustancias inflamables, etc.

En último término, corresponde analizar el *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*: si de la medida prohibitiva de indumentaria o de retirada símbolos se derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores. En principio, entendemos que el valor fundamental que debe proteger el derecho es la libertad religiosa de quienes llevan la indumentaria. Ahora bien, si una determinada indumentaria de un maestro o maestra va acompañada de adoctrinamiento hacia los alumnos, y los padres deciden en el consejo escolar pedirle a quien la lleva que deje de usarla, entendemos que en tal caso el beneficio de la prohibición es superior a los perjuicios que causa al limitar una manifestación de la libertad religiosa individual. En el caso de los símbolos, nos parece que se ha de estar siempre a la decisión del Consejo

(93) M. J. ROCA, "Teoría" y "práctica" de la laicidad..., pág. 246.

escolar. El interés general en tales casos lo determinan los padres de los alumnos del aula. Es la laicidad quien está al servicio de la libertad y no viceversa, por ello nos parece que una autoridad escolar en la que no estén representados los padres concretos a cuyos hijos afecta la medida, no puede ordenar la retirada, aunque se fundamente en que esa medida es la que garantiza el interés general de la laicidad. El perjuicio causado a la libertad de los padres no se justificaría aquí en un interés general.

V. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL RESPETO AL PLURALISMO

"El derecho a la igualdad forma parte del contenido esencial de todos los derechos y libertades de las personas, por cuanto representa la normal condición de su reconocimiento formal" (94), ha declarado nuestro Tribunal Constitucional. El derecho a la igualdad es también condición necesaria para que la garantía de los derechos y libertades sea real y efectiva. Si a ello añadimos que en la Ley Orgánica de Educación se establece que la Alta Inspección Educativa deberá velar por "el cumplimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes en materia de educación" (95), ¿resulta posible la adopción de medidas tendentes al respeto del pluralismo, que necesariamente producirán atención a las necesidades particulares del alumnado?

(94) I. M. DE LOS MOZOS, "Exigencias de la igualdad en la educación y legitimidad de especializaciones no discriminatorias", en *Persona y Derecho*, 50, 2004, pág. 278, cita la STC 86/1985, FJ 3, que a propósito del derecho a la educación de todos afirma que es su contenido esencial y no la regla de la igualdad (del art. 14), lo que debe ser considerado como medida de la constitucionalidad de los actos que puedan afectarle.

(95) Arts. 103 y 104, 1 f.

En este contexto, algún autor (96) ha señalado que en nuestro país se observan "diversas tendencias y expresiones del pensamiento ideológico y político-jurídico. Una de dichas tendencias entiende que el espacio constitucional ofrece un *marco* de libertad en el que es el Estado quien debe canalizar la igualdad para que el pluralismo pueda ser alcanzado por todos los ciudadanos. El pluralismo, en esta tendencia, sería objetivo y sería también *modo de realización* del objetivo último. El protagonismo aquí correspondería a la libre iniciativa ciudadana. (...) Otra tendencia entiende que la Constitución no es tanto un marco o espacio de expresión, cuanto un modelo cerrado que consigue, precisamente a través de los valores *internos* al propio texto constitucional, lograr un pluralismo mediante un cauce de igualdad. El protagonismo aquí correspondería al Estado y a la escuela de titularidad pública como motores de una formación que garantiza la igualdad y que espera que de dicha igualdad se alcance el respeto al pluralismo".

No parece fácil responder con argumentos estrictamente jurídicos y salir de este campo magnético de atracción suscitado por dos polos de signo opuesto.

Para intentar responder a la pregunta planteada, me parece que puede ser útil recordar aquí lo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán ha señalado en el ámbito de la autonomía de las iglesias. La jurisprudencia del Tribunal constitucional Federal alemán ha expuesto la doctrina de la llamada *Jedermann-Klausel*. A tenor de esta fórmula rigen para las iglesias sólo aquellas leyes vigentes para todos que tienen para ellas el mismo significado que para cualquier destinatario. Si la ley en cuestión no le afecta a la iglesia o confesión del mismo modo que a un destinatario cualquiera, sino que le afecta a su

(96) R. PALOMINO LOZANO, "El área de conocimiento "Sociedad, Cultura y Religión": Algunos aspectos relacionados con la libertad religiosa y de creencias. Comentarios al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005", en iustel.com *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 10, 2006, págs. 26-27.

peculiaridad en cuanto confesión, entonces no puede ser considerada un destinatario normal, y en consecuencia la ley vigente para todos no forma parte de los límites de su autonomía (97).

Trasladando esta solución de los límites de la autonomía de las confesiones en el Derecho alemán a los límites del pluralismo en el Derecho educativo español, me parece que debe prevalecer la igualdad en aquellas medidas que afecten a la libertad ideológica y religiosa de los alumnos, siempre que la medida suponga el mismo sacrificio para todos. Ahora bien, cuando una determinada medida afecte a elementos esenciales de la propia ideología o religión, entiendo que debe prevalecer el respeto al pluralismo sobre la igualdad. Por ejemplo, como se ha visto en epígrafes anteriores, el uso de determinadas prendas deportivas por alumnas islámicas adolescentes.

En el caso español, una cuestión que no pasa inadvertida después del atento estudio de la LOE es que las necesidades educativas especiales (la también llamada atención a la diversidad) es mayor que la atención prestada al pluralismo cultural, ideológico y religioso. A mi juicio, si la atención a la diversidad permite la adaptación curricular con bastante flexibilidad, sin justificación de las causas de esas necesidades educativas, con igual motivo se podrán adaptar determinados contenidos o actividades escolares a las convicciones del alumnado. No en vano nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que "la libertad de enseñanza que explícitamente reconoce nuestra Constitución (art. 27,1) puede ser entendida como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a la expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales (especialmente arts. 16,1 y 20, 1 a) esta conexión queda, por lo demás explícitamente establecida en el art. 9 de Convenio para la pro-

(97) M. J. ROCA, *Derechos fundamentales y autonomía de las iglesias...*, pág. 75.

tección de los derechos humanos y libertades fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en conformidad con el cual hay que interpretar las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas que nuestra Constitución incorpora, según dispone el art. 10.2" (98). Siempre y cuando exista igualdad de oportunidades (99) para todo el alumnado, la consideración de determinadas peculiaridades, en aras del acogimiento del pluralismo ideológico, cultural y religioso de la comunidad escolar, no debe entenderse lesiva del principio de igualdad. El legislador ha procurado garantizar la libertad para expresar las ideas y creencias y la libertad para comportarse de acuerdo con ellas en el ámbito educativo, reconociendo el derecho de libertad religiosa y de conciencia a los miembros de la comunidad educativa (100). El resultado del efectivo ejercicio de esa libertad de modo lógico será el respeto a la pluralidad, antes que la imposición de la igualdad a ultranza.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Quizá nuestro sistema educativo ha ido privando paulatinamente al profesor, y a los órganos directivos de los centros de autoridad, de capacidad de decisión, y la ha ido trasladando a los órganos colegiados como el consejo escolar. Si la cadena de transmisión de responsabilidad y capacidad de decisión conti-

(98) STC 5/1981, de 23 de febrero, FJ 7.

(99) De la exposición de motivos de la LOE: "el principio fundamental de la calidad de la educación para todo el alumnado, en condiciones de equidad y con garantía de igualdad de oportunidades".

(100) Las sucesivas leyes educativas españolas han garantizado la libertad religiosa y de conciencia: arts. 4.c, 6.1c de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la educación; arts. 2.2.b), 2.4.a), 3.1.c) de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre de Calidad de educación; Disp. Final 1.^a de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, por la que se modifica la LODE (arts. 4.1.a, 6.2.e, 6.4.f).

núa en sentido ascendente hacia las administraciones educativas autonómicas, y acaba siempre en sede judicial, se corre el peligro de un control judicial cada vez mayor de las decisiones escolares. Naturalmente, que los casos lleguen a la autoridad judicial correspondiente no depende del juez, pero en mi opinión, sí depende de él, no pretender sustituir en sus decisiones —en muchos casos discrecionales no regladas, y sujetas al principio de proporcionalidad— a las autoridades autonómicas o escolares anteriores. La revisión en sede judicial de las decisiones discrecionales de los órganos administrativos, siempre es posible, incluso en los supuestos de discrecionalidad técnica o los casos de nombramientos de libre designación, cuando producen efectos hacia terceros, como ha señalado el Tribunal Constitucional (101). Ahora bien, en la ponderación de cada caso, el juez habrá de tener en cuenta los elementos necesariamente comunes y los que por el contrario son legítima u obligatoriamente diversos en la escuela pública y privada con respecto al pluralismo cultural, ideológico y religioso. Entre los elementos comunes cabe destacar el respeto a los derechos fundamentales y al marco legislativo fijado en la LOE. La gestión del pluralismo dentro de los centros con ideario propio deberá hacerse con respeto al contenido del mismo, aunque ello suponga, lógicamente, un espectro quizá menos plural que el de los centros públicos o privados sin ideario propio.

Ciertamente, el primer deber de los poderes públicos en el ámbito educativo respecto a la diversidad cultural, religiosa e

(101) En la sentencia relativa a la constitucionalidad del procedimiento de nombramiento de los profesores de Religión, STC de 15-II-2007, FJ 7, el Tribunal, recordando la Jurisprudencia anterior, ha declarado que están sometidos al control judicial posterior, como sucede con todos los actos discrecionales de cualquier autoridad cuando producen efectos en terceros, según hemos afirmado en otros supuestos, bien en relación con la denominada "discrecionalidad técnica" (STC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 3), bien en el caso de los nombramientos efectuados por el sistema de "libre designación" (STC 235/2000, de 5 de octubre, FFJJ 12 y 13).

ideológica de los miembros de la comunidad escolar, es la neutralidad, pero debido a que en la práctica es difícil que las enseñanzas sean neutrales (102), parece necesaria una mayor flexibilidad por parte de los poderes públicos (103). Si se me

(102) J. MARTÍNEZ TORRÓN, "La objeción de conciencia y la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo", en *iustel.com Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 15, 2007, pág. 15, señala comentando la Sentencia Zengin contra Turquía que, "tal planteamiento del Tribunal Europeo, que resulta sin duda atractivo *prima facie*, adolece de un cierto idealismo, pues parece dar por supuesto que la absoluta neutralidad y objetividad en la enseñanza es de hecho alcanzable. La experiencia muestra, sin embargo, que, en sentido estricto, gran parte de las materias escolares no son susceptibles de una neutralidad y objetividad absolutas. Lo que existe en la práctica son mayores o menores grados de neutralidad real, y mayores o menores posibilidades de conflicto con las convicciones de los padres dependiendo de la densidad doctrinal, moral o filosófica de los cursos de que se trate. Por ello, una posición realista, y al mismo tiempo respetuosa de los derechos de los padres, aconseja articular mecanismos adecuados de exención de los alumnos en esas situaciones de conflicto, especialmente en aquellas asignaturas que tengan una conexión más directa con creencias religiosas o éticas". Sobre esta misma sentencia, véase, L. MARTÍN-RETORTILLO, "Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. (Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos)", en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 37, 2007, págs. 334-347.

(103) En la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso de la educación sexual, se llamó deber de tolerancia del poder público. Como en el ordenamiento jurídico español no se ha desarrollado un principio de tolerancia en el mismo sentido que lo ha elaborado la dogmática alemana de los derechos fundamentales, aquí lo hemos llamado flexibilidad. "(...) Cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el art. 2 LOLR y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional, conforme a lo que dispone el apartado 3 del mencionado art. 2 LOLR, según el cual "Para la aplicación real y efectiva de estos derechos [los que se enumeran en los dos anteriores apartados del precepto legal], los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar

permite resumir en criterios o pautas para la ordenación del pluralismo en la escuela pública diría que estos son: interpretación flexible de las normas educativas que permita acoger la diversidad no sólo la motivada por necesidades educativas especiales, sino la motivada por el pluralismo cultural, ideológico, y religioso. Esta flexibilidad en mi opinión habrá de extenderse a las materias regladas y a las actividades no regladas, y deberá aplicarse respetando las competencias de los órganos de la administración escolar, y en último término aplicando el principio de proporcionalidad.

la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros, bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos". STC núm. 46/2001 (Pleno), de 15 febrero, F. J. 4.º.